

特徴として、全ての利用希望者に対して同一の判断基準が用いられるのではなく、契約類型ごとに異なった判断基準が使用されていること、意思能力の判定が精神医学的状态だけで判定されるのではなく、援助の必要性などの他の要素も加味して行われている点がある。

そもそも私法上の法律関係は、権利義務の主体者が、その意思に基づいてのみ発生・変更させるという原則、すなわち、私的自治の原則で構成されているため、法律関係が有効に成立するには、権利を持ち義務を負うのに足りるだけの意思を持ち得ることが論理的な前提となる。そこで、意思能力は、講学上、自分の行為の結果を判断することのできる精神的能力であって、正常な認識力と予期力を含むものとして定義される。

しかし、意思無能力者の行為を法的に「無」とらえて、いつでも誰からでも主張でき、援用の有無を問わず、追認によっても有効となることがない絶対的な無効とすることは、法的関係を著しく不安定にし、第三者からの不当な介入を誘発するおそれがある。そこで、必要な範囲で無能力者側からのみ無効の主張を認めればよく、意思無能力概念は、こうした表意者の保護機能を重視して、行為能力制度に類似したものとして理解すべきであるとの見解が有力に主張されている。

日本の高齢化が急速に進行し要介護者が急増していることなどからすれば、保護機能を重視する近時の有力説に従い、福祉サービス利用援助契約においても意思無能力概念の保護機能を重視して、法律行為の効果を肯定することによっても積極的に表意者を保護すべきであるし、また、精神能力の低下は意思能力を否定するものとしてとらえるのではなく、保護の必要性を増大させるものとしてとらえるべきではなかろうか。

しかし、そのように契約締結能力をとらえたとしても、そもそも、基幹的社協によって契約締結能力がないと判定された場合には、そのままでは基幹的社協との契約締結ができず、地権事業にもとづく福祉サービスの利用援助が受けられないという問題がある。また、福祉サービスの利用援助が必要な場合であっても、本人が援助を拒絶するときは、契約締結には至らず、援助がなされないという問題も生じている。

IV 市町村長による申立権と措置

意思無能力のために福祉サービス利用援助契約による援助が受けられない場合であっても、成年後見制度を利用することで援助を受けることができる。ところが、親族からの支援を受けられない人や身寄りのない人など、成年後見制度を円滑に活用できない人もいる。そこで、判断能力が不十分な痴呆性高齢者や精神障害者、知的障害者について、市町村長が、これらの人の福祉を図るため特に必要があると認めるときは、家庭裁判所に対し、後見・保佐・補助の開始等の審判を請求できることとなった。

この申立権の運用にあたっては、本人に配偶者又は四親等内の親族がいるケースであっても、当該親族が申立を拒否している場合、音信不通の状況にある場合、本人の預貯金を流用したり、本人を虐待したりしているなどの場合にも、各市町村長は積極的に申立を行うべきであろう。

また、市町村長による申立から審判が確定するまでの審理期間は、東京都の調査によると平均して4.8ヶ月となっている。その間、公共料金の支払い、年金の受給等の金銭管理、財産の保全、契約などの問題が生じることがある。その間の財産管理などについては、審判前保全処分を活用する方法があるが、保全処分が開始されるまでに早急な対応が求め

られる場合、どのように援助をおこなうべきかという問題も生じている。

成年後見制度の活用をもってしても、福祉サービスの利用援助に至らない場合は、老人福祉法10条の4などに規定される措置によっても種々の援助を行うことができる。

前述したように、福祉サービス利用援助契約による援助の利用には契約を媒介とする以上、一定の限界があり、そのような場合は、市町村長による申立と措置を適切に連携させ、福祉サービスの円滑な利用を図っていく必要がある。

D. 結 論

福祉契約の利用者の権利擁護制度である成年後見制度については、①補助制度の普及を図るための方策をとる必要があること、②補助と地域福祉権利擁護事業との関係を利用者の能力の観点から明確にする必要があること、③後見事務から除外されている医療行為に対する同意等の問題について立法的解決を図る必要があること、④判断能力が不十分な場合における区市町村長申立を利用しやすくする方策を講じる必要があること、⑤これら判断能力の判定を迅速かつ正確に行うためにも、精神医学との連携が不可欠であること、⑥任意後見契約の利用を促進し、信託や遺言などの他制度との連携により利用者ニーズに柔軟に対応できるようにする必要があること、⑦成年後見制度と福祉サービス利用援助事業との連携・調整を図るために、複数後見人の活用等さらに方策を講じる必要があることが明らかとなった。これらの課題に対して、さらに具体的な政策提言が行えるように、今後さらに共同研究を進めていく必要がある。

E. 研究発表

1. 論文発表

「権利擁護システムとしての成年後見制度の展望」日本痴呆ケア学会誌 2 巻 2 号、182 - 188 頁、2003 年 9 月

「信託法と後見法の交錯」ジュリスト 1253 号、170-177 頁、2003 年 10 月

「成年後見法施行後三年間の実態から学ぶもの」自由と正義 54 巻 11 号、60-70 頁、2003 年 11 月

「日本の成年後見制度の特徴について」最新精神医学 9 巻 1 号、15-20 頁、2004 年 1 月

2. 学会発表

2003 年 11 月 2 日、日本成年後見法学会設立総会理事長挨拶「成年後見制度の課題と学会の設立」成年後見ニュース（じゃがれたー）1 号 1-2 頁、2003 年 12 月

2003 年 11 月 8 日、日本家族＜社会と法＞学会シンポジウム「成年後見」コーディネーター・司会

厚生労働科学研究費補助金（政策科学推進研究事業）
分担研究報告書

福祉契約における法関係と公的責任に関する研究

分担研究者 秋元美世 東洋大学社会学部教授

研究要旨

本研究は、研究課題に関する共同研究の一環として、福祉契約は介護保障としてのサービス実施のための一つの方法であり、介護保障に対する公的責任の意味内容は、「社会的ニードとしての介護要求を有する者に対して、その介護要求を満たすための福祉サービスを提供すること」とを前提として、「福祉契約における公的責任」について、利用者の選択権の保障の観点から検討するものである。平成 15（2003）年度は、前年度における福祉契約研究会での講演・報告・質疑応答などを基に、2003 年 11 月 2 日の日本社会保障法学会秋季大会共通テーマ・シンポジウム「社会福祉と契約」において学会報告を行い（前掲・総括研究報告書参考資料 3 参照）、研究会を通じて蓄積してきた研究成果を公表した。そして、学会シンポジウムでの質疑応答や批判を基に、現在の介護保険の基では、公的責任は条件整備者としての責任に限定されているが、しかし利用者の選択権の保障のためには、利用者の選択にすべてを委ねられない場合には、行政が直接関与することを内容とした公的責任が果たされるべきことを指摘するとともに、今後この公的責任の具体的内容を検討していくことが必要である。

A. 研究目的

介護保障における措置から契約への流れの中で、行政責任は条件整備者としての責任と考えられているが、その必然性はなく、福祉契約は利用者の選択権保障の一方法に過ぎないこと、利用者の選択権保障のためには行政関与が必要であることを明らかにする。

B. 研究方法

福祉契約研究会における報告および質疑応答を重ねるとともに、日本社会保障法学会における報告、質疑応答、批判を通して更に研究を深め、研究目的の達成を目指す。

C. 研究結果と考察

1. 研究報告の前提

この研究報告においては、2つのことを前提において話をすすめることにした。第1に。「福祉契約」というのは、介護保障としてのサービスを実施していくための1つの方法（ツール）であるという理解であり、第2に、介護保障に対する公的責任の意味内容を、「社会的ニード（社会的必要）としての介護要求を有する者に対して、その必要（介護要求）を満たすための福祉サービスを提供すること（結びつけること）」として議論を進めるという

ことである。

介護保障において、「契約」という手法が1つの方法（ツール）であるというのは、それなりに認知されてきた理解だといえよう。それに対して公的責任の意味内容については、議論の余地があるかも知れないが、ここでは、一応、「社会的必要」という概念を入れることによって、介護保障に対する規範的な（生存権保障という意味も込めて）議論を組み込むことを想定した。なお、公的責任の主体は、国および地方自治体である。また、公的責任には、裁判所が直接規律する法的責任という意味での公的責任だけではなく、国や自治体における政治的な責任なども含めている（例えば行政事件では、当・不当の問題であるときには法的責任の問題にならないとされることがあるが、ここではそうしたレベルの問題も公的責任の問題として重要な意味をもっていると考える）。

上記のような前提を置いたのには、いくつか狙いがある。まず、福祉契約という問題を、外在的に批判するのではなく（例えば、福祉契約といのは公的責任とは本質的に相容れないものであるという趣旨での批判）、公的責任を具体化していくためのツールであるという観点から論じることができないか、という点である。一般に「契約化にともなって、利用者の選択が認められるようになった」ということがいわれる場合、どちらかという、「市場」というものが有している（or コンシューマリズムが有している）価値が、契約化を通じて――公的責任の問題とは関係なく――実現された、という受け止め方をされることが多いように思われる。しかし、措置制度下において、施設選択権が争点の1つとなっていたように、そもそも福祉サービスの利用者にとって、サービス内容の決定について自らの意向を表明し、それを可能な限り尊重させるというのは、社会的必要としての介護要求の重要な構成部分の一部となるべきものであろう。したがって、サービス内容の決定に関する利用者の要求に公正に対応することは、公的責任として（も）カバーすべき重要な事柄なのである。そして上記の前提を置くことで、こうした選択の問題を、介護保障とそれに対する公的責任の文脈において捉えることができるのではないかと考えたわけである。つまり公的責任の一態様である利用者の選択権を保障するために、ツールとしての「契約」を利用したという位置づけである。

ただし、この場合、介護保障制度における選択権の問題であるということが、あくまでも前提となる。その選択内容が、社会的必要に対応している（あるいは社会的必要と乖離していない）ことが求められるのである。この点、介護保険制度においては、要介護認定の仕組みを通じて、利用者の選択の領域をあらかじめ限定し（要介護度と支給限度額の仕組みなど）、それなりに社会的必要との対応関係を確保しようとしている。また、社会的必要は、専門家の判断に依拠する部分もあり、その点での乖離も考えられるが、介護サービスの場合、素人が何も口出しできないほど完全に専門化が進んでいるわけでは必ずしもなく、「社会的必要」と「利用者の選択」の間に乖離が生じていない（あるいは対応関係がある）状況というのは、現実にはかなりの程度存在するものと思われる。

こうした問題に対して、従来の枠組の場合、契約というのは、基本的には利用者とサービス提供者との間の問題であるから、どのような内容の選択がなされるとしても、基本的には契約当事者の問題であるとされ、公的責任の問題であるという位置づけがハッキリとつけられなかったのではないだろうか。せいぜいのところ、条件整備者としての責任という観点から、サービス利用支援のための仕組みを用意するという間接的な関わり方にとど

まっていたように思われる。

また、ケアマネジャーの役割が強調されているにもかかわらず、基本的には、せいぜいのところ介護報酬のアップの問題とされる程度で（このことの重要性を否定するつもりはまったくないが）、ケアマネが果たすべき事として期待されている社会的機能に対する公的責任の強化という観点が弱いのも、同じような問題が背景にあるように思われる。

2. 利用者のサービス選択と2つの公的責任

これまでの本研究での検討から得られた結果に拠りながらまとめるならば、利用者がサービスを選択するに際して、(上述したように大部分の事案は基本的にその選択に任せられるとしても) 事案によっては、たとえば以下のようなことを公的責任の問題として考えていく必要があると考える。

- ・利用者の選択だけでは社会的必要との乖離が生じてしまう事案をスクリーニングする責任
- ・優先順位の決定の問題（特養の順番待ち・公正さの確保のためには公的な責任で行うべき）
- ・サービスの総合調整に対する責任（介護保険対象サービスだけでは対応しきれない事案に対して、公的サービスやボランティアによるサービスなど、必要性を満たすためのサービス確保に対する調整責任）
- ・措置を必要とする事案（高齢者虐待の問題など）のスクリーニングとそれに対する対応責任（広い意味で一番目の問題に含まれるかも知れないが）

この種の責任は、条件整備者としての責任には到底おさまりきらない。逆に言うと、そうしたことを前提とした議論では、なかなかスッキリとした位置づけを行い得ないのである。そこで最初に設定した2つの前提、つまり、①「契約」というのは、介護保障としてのサービスを実施していくための1つの方法（ツール）である、②「社会的ニード（社会的必要）としての介護要求を有する者に対して、その必要（介護要求）を満たすための福祉サービスを提供すること（結びつけること）」が公的責任である、という2つの前提が意味を持ってくる。

すなわち、それらのことを前提とすることで、次のような枠組みを導き出すことができるからである。

- 契約が、達成しようとしていることは、利用者の選択権（サービス内容決定権）である
- 利用者の選択権は、そもそも公的責任の重要な構成部分であり、それを達成する上で、契約という仕組みが、社会装置の中でいま現在一番現実的な手段であるということで、採用されたのである。
- したがって契約というものは、あくまでも1つの手段であり、契約化したことによって公的なセクターの役割(公的責任の役割)が条件整備の役割に限定される必然性はない。
- 契約を通じた利用者の選択により、目的（社会的必要を満たすためのサービスと利用者とを結びつける）が達成されている限り、条件整備者としての公的責任で問題はないが、利用者の選択にすべてを委ねるわけには行かない場合には、行政が直接的にコミットメントすることを内容とした公的責任が果たされる必要がある。(ただし、この部分は、おそらく立法論としての議論が求められることになろう)

なお、福祉契約の公的責任に関して、労働法における労働基準法を念頭におきながら、福祉サービス基準法のようなものを制定すべきであり、それこそが公的責任の問題であるという趣旨の指摘がなされることがある。もちろん、そうした立法が重要な意味を持つことについて異を唱えるつもりはまったくないが、ただ、次のようなことが多少気になっている。つまり、労働法の分野における労働基準法というのは、基本的にはある種の「条件整備立法」なのではないだろうか。もし福祉サービス基準法なるものが、そのような意味で理解されているとするならば、上記したような公的責任の課題に対する理論的な対応は十分できるであろうか。もちろん現実的な対応としては、おそらく、何らかのことはなされるであろう。実際、条件整備者としての責任にかなり明確に限定されてしまっている感のある現行の介護保険制度においても、たとえば、特養の待機者リストの問題の深刻化を受けて、優先度の高い者を優先的に入所させるための省令改正を平成14年8月に行っている。ただし、そこで用意されたのは、各施設の中に入所判定委員会のようなものを設け、そこで施設が優先順位の決定を自主的に行うことを、行政指導によって求めるという、理論的にみれば不十分ですっきりしない内容なのである。条件整備者としての責任に限定するという制約が、こうした不十分な対応を結果的にもたらしているのではないだろうか。

D. 結 論

福祉契約において利用者の選択権が保障されている場合には、行政の公的責任は条件整備者としての責任に止まることで問題ないが、しかし利用者の選択に委ねるわけには行かない場合には、行政が直接コミットメントすることを内容とした公的責任が果たされる必要がある。この点について、どのような場合が後者のケースに当たるのか、どのような方法で行政が直接関与すべきかについて、さらに具体的に検討する必要がある。

E. 研究発表

学会発表

「福祉契約における法関係と公的責任」日本社会保障法学会秋季大会共通テーマ・シンポジウム「社会福祉と契約」、平成15年11月2日

厚生労働科学研究費補助金（政策科学推進研究事業）
分担研究報告書

福祉契約に基づく事業者と従事者の責任をめぐる問題に関する研究

分担研究者 品田充儀 神戸市外国語大学教授

研究要旨

本研究は、研究課題に関する共同研究の一環として、福祉契約の主体である利用者の権利擁護のために、他の一方当事者である事業者の契約責任、そしてその履行補助者である介護従事者の責任、契約不履行による損害賠償責任と責任賠償保険の役割などについて検討するものである。平成 15（2003）年度は、前年度における福祉契約研究会での講演・報告・質疑応答などを基に、また関西社会保障法研究会における「介護サービスと消費者保護」の研究成果（参考資料参照）を基に、利用者の権利擁護の観点から見て事業者において果たすべき責任として、事業者側における介護の質の確保に必要な自己評価・第三者評価、介護労働者の労働条件・研修機会の確保などが必要であること、契約解除や損害賠償などの紛争解決処理に当たって判断基準の明確化が必要であることなど、「福祉契約に基づく事業者と従事者の責任をめぐる問題について検討し、さらに検討を重ねているところである。

A. 研究目的

本研究の目的は、福祉契約の当事者である利用者の選択権を保障するためには、一方では事業者の量的拡大が必要であり、他方では事業者の質の確保が必要である。それゆえ、事業者の契約責任と履行補助者である介護従事者の責任について、利用者の権利擁護の観点から問題点を明らかにすることである。

B. 研究方法

福祉契約研究会において、関西社会保障法研究会の研究成果を踏まえつつ、研究会メンバーの協力を得て、福祉現場で用いられている契約書のサンプリング調査の結果も参考とし、問題点の抽出・考察・検討を行い、研究目的の達成を目指す。

C. 研究結果と考察

1. 福祉契約の当事者間における紛争解決－契約書の意義

福祉契約をめぐる当事者間の紛争を解決に導くにあたって、双方が取り交わした契約書がどの程度の意義を持つかについては疑問がある。第1に、契約内容は事業者側が一方的に提示するものであり、一般的には契約の意味について十分な理解を有しない利用者もしくはその家族は、事実上約款に対して承諾を与えたという形式が整えられただけということになりやすく、当事者間の契約意思の解釈を前提とした紛争解決は実効性を持ち得ない

可能性が高い。第2に、契約内容の特殊性から、契約文言においては契約当事者の努力義務を明記するといった形態になりやすいが、努力義務に対して法的評価がなじむかという問題が生じる。たとえば、「やむを得ない場合を除き・・・身体拘束をしない」といった契約は、当該「やむを得ない」場合の解釈となろうが、その判断プロセスの合理性および行動の程度については、かなりの部分において主観的判断とならざるを得ないため法的な評価は難しくなる。しかし、この点、あくまで努力義務に過ぎないとの評価は、契約そのものの意義を疑わしめる可能性がある。第3に、権限ある契約当事者をどう捉えるかといった問題がある。たとえば、要介護高齢者の処遇について、同居の家族と契約をしてサービスを提供していたという場合に、意思能力を回復した本人ないしは他の家族が当該サービスの提供方法ないしは内容について異論を唱えたといった事態において、当該契約の有効性自体を問題とすることが可能かということになる。具体的には、薬を使って痴呆症状を押さえるという同居家族との合意に対して、他の家族が契約違反ないしは違法性を訴えるといったケースが考えられる。

もっとも、こうした疑問を前提としても、紛争解決のための契機として、双方の契約書の取り交わしに全く意義がないわけではない。第1に、契約書の内容ないしはその手続きの適法性を問題とすることにより、紛争解決への足がかりとなる可能性がある。違法性が疑われる条項の存在や不十分な説明・手続き等は、責任発生の要件とされうると考えられる。第2に、いかに努力義務の形態をとろうとも、契約書の存在により、事業者は当該職務を適正に行う義務を認知していたこととなり、結果としてその努力にかかる証明責任を負うこととなる。

2. 事業者の契約責任－契約違反の判断基準

契約違反にかかる責任の問題としては、以下のようなことを検討する必要がある。第一に、事業者責任といった場合の事業者の概念である。言うまでもなく、事業者が法人である場合、契約違反にかかる責任は当該法人理事会が負うこととなる。しかし、たとえば社会福祉法人の場合には、地域住民代表や学識経験者等が無報酬で理事を引き受けており、多くの場合理事の責任を問うことは難しい。法人会計に十分な資産がある場合には問題となることはなかろうが、小規模な法人が増えてくるにしたがい、大規模な損害の発生（不法行為責任が問題となる場合であろう）といった事態には対処し得ないといった問題も生じる可能性があり、検討しておく必要がある。また、大規模な医療法人等では、社会福祉法人等を別に作って経営を多角化させているという実態もあるが、法人格の枠を越えて、いわば親法人の責任を問うことができるかも検討課題であろう。契約違反の責任については、実際に業務に従事し違反行為を行った従事者の責任をどのように捉えるべきかという問題もある。介護保険法については、秘密漏洩等一部の事項を除き、従事者が業務遂行中に引き起こした事態に対する契約責任は事業者に戻すと読むことができる。この点、事業者責任を集中することによりすみやかな被害者救済が可能になるという利点は了解しても、はたして介護関連職員の専門家としてのあり方など、その他の問題を生じさせないかという点は検討を要するよう思われる。

福祉契約において、違反という状態をいかに認識するかという点も問題となりうる。継続的なサービス提供となることが多い介護においては、一時的に契約内容にそぐわない事態が発生することは充分にありうることである。契約文言において、その程度や頻度につ

いて言及されていない場合には、1度の違反にて契約の解除は可能とされるのか。その際、違反の判断は主観的な判断で足りるのか客観的な事実の証明を要するのか、本人の判断によるべきか家族の判断で足りるのか、さらには契約書に明記されていない場合にも事前通告ないしは事情説明の機会を与えるといったことは必要か、などが検討される必要がある。

契約違反に対する救済方法に関しても検討すべき課題がある。たとえば質の悪いサービスを受けたことによる精神的苦痛に対する損害は、何を基準として、どこまで補填されるべきか。契約違反を理由とする家族固有の慰謝料請求権は、福祉契約の場合においても一切認められないか。一方、不法行為訴訟であった場合において、慰謝料請求権者たる家族とは、どこまでの範囲を指すと考えるべきか。

このように、福祉契約をめぐる法的紛争についての検課題は多い。もちろん、多くのケースにおいては民法解釈における一般原則が適用可能であると思われるが、その実態と特殊性を認識しながら、法の論理を整理しておくことは必要であると思われる。

D. 結 論

福祉契約の利用者の権利擁護のためには、福祉契約により生じる事業者の契約責任を明らかにする必要がある、そのためには契約違反の判断基準を明確化する必要がある。また、事業者の法人格の違い等による事業者の契約責任の軽重が生じるのか、契約違反による契約解除、損害賠償や慰謝料の判断をするための判断基準はどうするかなどの問題を更に検討していく必要がある。

介護保険サービスと消費者保護

品田 充 儀

(神戸市外国語大学教授)

1. 問題の所在

高齢者福祉サービスの提供が措置から契約へ変更されたことにより、行政を含めた関係当事者の法的関係がいかに変化したかは、そもそも措置の法的性格に対する多様な議論が背景となっていることもあり、必ずしも一致した見解は見出せない。しかしながら、サービス利用者と提供者が直接的な契約を締結することとなったことにより、少なくとも当事者間の権利義務関係は当該契約を通じて把握されるべきこと、ならびに利用者が受けるサービスの内容ないし事故発生時における行政責任は、少なくとも措置時代よりも軽減されていると考えられることの2点については異論は少ないものと思われる。では、こうした事実により、介護保険に基づくサービス利用関係は、一般の商品ないしはサービスを購入する消費者と事業者との関係と全く同次元で捉えられるべきものとなったのであろうか。もしそうであるとすれば、当事者間の介護サービス利用関係にかかる法的問題は消費者保護の問題であり、社会保障的視点から検討されるべき課題は限定されることになる。この点、介護保険制度を創設する理念の一つは、利用者がサービスを自由に選択して購入するという点にあり、その意味においては介護保険サービス利用者は紛れもなく消費者といえる。しかし、一方において、社会保険制度として誕生した介護保険制度が、国民に公法上の権利を与えていないと言い切れるはずはなく、一般の消費者保護問題と異なる側面を持つべきことはいまでもなからう。この問題を検討することは、介護保険サービス利用者の実質的な権利確保という意味からも、またその限界を見極めることによる社会保障的視点からの保護の必要性を浮き立たせるためにも有効であると考えられる。

2. 高齢化社会と消費者問題

介護保険サービス利用者に伴う法的保護の問題は、高齢者が消費者としての行動を行う場合に生じる問題への対策と共通すべき点が少なくないものと思われる。神戸市生活情報センターに寄せられる苦情相談についてみると、相談件数の62%が70歳以上の高齢者からのものであるとされており、消費者としての保護を最も必要としている層が高齢者であることは間違いない。

高齢者の消費活動には、以下のような問題が付きまとうといわれる。第1に、情報弱者としての側面である。時代の展開が早い現代においては、高齢者が持つ知識は陳腐化しやすく、また商品を比較検討する機会や情報に乏しいため、結局人の意見を鵜呑みにしてしまうという事態になりやすい点である。第2に、高齢者は社会的に孤立しがちであり、的確な時期に有効な相談をできる機会に恵まれにくいという点である。この点、高齢者の孤立感は、必ずしも高齢者世帯ないしは単身世帯ばかりではなく、同居世帯においても精神的もしくは経済的に孤立している事例は少なくないといわれており、問題の根は深い。第3

に、現代の高齢者は一般的に可処分財産の多いという点である。高額商品の購入や金融詐欺事件に見られるように、高齢者は多額の貯蓄や流動資産を持つため、大きな被害者となりやすいといえる。第4に、高齢者は一旦被害にあってしまうと、経済的にも身体的にも回復可能性が低いといえる点である。労働能力の活用や生産手段を駆使することにより被害から回復するといったことは往々にして難しく、一般的に自力での復旧は困難なものとなりやすい。

こうした特性もあり、高齢者が消費者として被害にあうケースにはいくつかの特徴がある。第1に、高齢者は生活面ないしは健康面について何らかの不安を抱いている場合が多いため、これに付け込まれる被害を受けやすいという点である。第2に、加齢に伴う肉体的、精神的な能力の低下は契約書をよく読まない、勧誘に根負けするなどといった事態を生じやすく、被害に遭う可能性が高くなる。第3に、高齢者は比較的在宅率が高いため家庭訪問販売や電話勧誘を受ける機会が多くなり、その際相談する相手が少ないためにだまされるといった事が生じやすい。第4に、高額な被害でない場合には、だまされた自分が悪いと思うなど諦めてしまったり、そもそも発見が遅いためにクーリングオフが有効に利用できないといった事が生じる。

3. 介護サービスと消費者問題

介護保険サービスは、要介護高齢者の生命身体に関わるサービスを公的な保険制度により提供するものであり、要保護者を消費者と捉えた場合においてもその保護の必要性は高い。事前予防としての法的保護はもちろん、問題発生時には事実上の解決を図るシステムがより体系的に整えられる必要がある。

(1) 介護保険サービスにおける苦情の実態

介護保険サービスがスタートして2年半となるが、すでに当該サービス提供にかかる苦情は数多く報告されている。その内容は多様であるが、原因別に見ると以下のような分類が可能であると思われる。

① 事業者もしくはケアマネの能力不足

ケアマネージャーが希望に添う計画を策定できない、事業者の提供するサービスが希望に添うものにならないなど、サービス提供者側の能力不足が原因となっている。

② 事業者の営利中心主義

事業者が営利を優先させ、時間の節約ないしは費用の効率性を求めすぎるために、サービスがニーズに沿わないものとなる。特に訪問系のサービスについては、便乗商売や指定事業者の押し付けなどの問題が生じている。

③ 劣悪なサービス

サービス内容自体が粗悪であるためトラブルを起こす。訪問系のサービスにおいては、時間にルーズであることや扱いが手荒であるなどの問題が指摘さ

れている。

④ 契約書の不備

契約書の取り交わしや重要事項の説明不足など、当事者の意思疎通が不十分であることが原因となる。

⑤ 事故・不正

事故の発生や料金をめぐるトラブル。こうした問題が発生した場合、事後処理の悪さが問題を悪化させている。

(2) 介護保険サービスに特有の問題

介護保険サービスにかかる消費者保護の問題は、以下のような事情から通常の消費者保護問題とは異なる側面を持つといえる。

① ケアマネージャーの存在と事業者との関係

必ずしも法的責任が明確ではないケアマネージャーが契約の仲介役を果たすことを想定されているため、契約当事者の関係がやや複雑になる可能性がある。特にケアマネージャーがサービス提供を受ける事業者に所属している場合には、ケアマネージャーの中立性が失われる可能性が高く、問題を引き起こしやすい。

② サービスの種類と形態の多様性

介護保険サービスは保険対象となるサービスとそれ以外のサービスを同時に提供するという場合があるほか、身体介護と家事援助の単価の相違、在宅サービスの種類（時間）による単価の相違など、サービス内容とその提供方法が多様であるため、消費者として定型的な保護が馴染まない可能性が高い

③ 遠慮から苦情が潜在化しやすい

サービス内容に不満を持ちながらも当該サービスを甘受せざるを得ないか、お世話になっているという気持ちが生じることから、事業者と対等な契約関係にある消費者とはいえない側面が強い。

④ 実態把握の困難性

家族からの相談が多いが、介護サービスを密室で行われる場合が多く、実態把握が難しい場合が少なくない。サービスの提供方法にかかる問題点などは、本人の申し出がないと家族でも分からないといったことが生じるが、サービスの受給者は意思能力、説明能力に劣る要介護者であることが多く、問題の発見自体に目を向ける必要がある。

(3) 介護保険サービス利用に伴う消費者問題の本質

介護保険サービスは、要介護状態にある高齢者が契約当事者となってサービスを購入するという特殊性を持っており、消費者保護の視点から以下のような側面に留意した方法を

とることが求められる。

- ① 個体差が大きく、年齢、経歴、外から見る財産状況、身体状況など、標準化に馴染まないため、一律の規制や保護は、利用者の選択権を制限する効果をもたらしかねない
- ② 一般的に高齢者はサービスを買うということに慣れていないため、目的物の特定、対価の説明、契約の意味の把握といった契約に伴う重要事項を理解しにくいという事態が生じやすい。したがって、説明責任の範囲と提供されるサービス内容の特定が特に必要とされる。
- ③ そもそも意思能力や行為能力に劣ると考えられる要介護状態にある高齢者を契約の一方当事者とすることに問題を生じやすい理由がある。この点、特に法的な意味での意思能力はありながらも、契約の意味を理解できない高齢者に対する保護が重要となる。
- ④ サービスの購入に家族が介入する場合には、利用者本人とニーズが異なることがあり、いずれの意志を優先すべきかという問題が生じる。特に当該高齢利用者の意志決定能力に欠ける点があると見られる場合には、サービス選択を誰の責任で行うべきかが問題となる。
- ⑥ 需要と供給のアンバランスがある場合には、利用者の立場が極端に弱くなる。この問題については、サービスの質の保証や苦情処理手続きを整えても対処し得ないことになりうる。

(4) 介護サービス受給者を消費者と捉える意義

介護保険サービスは上記のような各種の特殊性を持つといえるが、しかしながら、当該サービス利用者はあくまで消費者であり、これを保護すべき必要性が高いことはいうまでもない。介護保険サービス利用者に対する消費者保護は、以下のような点に留意する必要がある。

- ① 故意による権利侵害と過失・錯誤による契約の履行不備
消費者保護の対策は、消費者を悪徳業者から保護するといった意味合いが強い。この点、介護保険サービスについても便乗商売といった故意的な搾取もありうるが、多くの場合契約内容における誤解やサービスの質といった法律問題にはなりにくいトラブルが多い。したがって、苦情解決や当事者間の調整といった機能が最も必要とされるといよう。
- ② 信頼関係と人間的繋がりの評価
介護保険サービスには継続的な役務取引といった側面がある。特に、地域に特別養護老人ホームが一つしかない場合や居宅介護サービスの選択が難しい地域においては、法的な解決は必ずしも利用者にとって本質的な解決とはならない場合がある。そこで、保護のあり方としては、信頼関係を基礎として、

適切なサービス提供関係を築く必要もが生じる。

③ サービスの質に対する多様な評価軸の存在

サービスの質に関するほとんどの苦情は違法というより不当・不適切な提供ないしは誤解が問題であることが多い。この点、そもそもよいサービスとは何であるかという点について一律の指標があるわけではないことが原点にあるといえる。したがって、行政による規制や介入には馴染まない問題であり、柔軟な対応が求められる。

このように、介護サービス受給者に対する消費者保護政策は、当事者間の調整原理やプロセスにおける関係者の責任を明らかにすることから始められる必要があるといえよう。その上で、介護保険制度が当事者において円滑に運営されていくための基盤整備（情報提供環境の整備、最低基準の設定）にかかる行政責任を明らかにしていく必要があると考えられる。

4. 介護保険サービスと消費者契約法

介護保険サービス利用者に対する法的救済としては、民法もしくは消費者契約法の適用が考えられる。以下、それぞれの法適用の可能性とその有効性を検討する。

(1) 民法による介護保険サービス利用者の保護

介護保険サービス利用契約において、利用者側が契約を取消すことはいつ何時においても可能であり、その意味においては契約取消しに関して法的問題は生じにくいと考えられる。ただし、当事者間の契約において、違約金ないしはキャンセル料の約定があった場合にはその支払いをめぐる問題が生じる可能性はある。介護保険サービス利用関係においてキャンセル料を設定することは特に規制されていないため、実際に契約によってはこれを約定している場合が少なくない。法的な問題となるのは、事業者による劣悪なサービスないしは能力不足を理由としてサービス利用をキャンセルした場合における同契約の効力といった場合が多いと考えられるが、利用者側に悪意が見られるような場合かよほど信義に反するような様態（故意に通告を遅らせた場合など）でキャンセルが行われたような場合でない限り、キャンセル料の支払い義務は生じないと考えるべきであろう。この点、すでに準備や要員の配置等のために事業者側が費用を発生させていることもあると考えられるが、法的な問題としてはキャンセル料の発生はかなり限定されるべきであろう。

次に、事後的な救済の問題として、介護保険サービスの提供が不完全であった場合に、不完全履行を理由として一部負担金の支払拒否ないしは返還請求ができるかという問題がある。実際上こうしたことが問題となる例は少ないと考えられるが、例えばホームヘルパーの遅刻、要望に沿ったサービスの不提供など意に沿わないサービスの提供が行われている例は多いものと考えられることから、理論上検討しておく価値は高い。この問題は、必ずしも債務の内容が明確ではない役務契約たる介護保険サービスに付随する基本問題であ

るといえようが、少なくともサービス提供の遅延や明らかな懈怠があると証明される場合には、不完全履行であるとして一部負担金の支払い拒否等は認められてしかるべきであろう。問題は、当事者の志向によって予定されているサービスが提供されていないと考える場合であるが、客観的に職務に従事しているという一応の証明がある場合には、不完全履行とはいえないであろう。また、利用者側の要求が、例えば他の家族にも利益をもたらす一般的な家事援助をたびたび求めるといった法の趣旨に沿わないものであるといった事情が証明される場合にも、事業者が負う債務は一応履行されていたと推定することができよう。

介護保険サービス提供時に生じた事故の取り扱いについては、損害賠償等の約定が通常契約書に記載されており、これに沿って解決されることとなろう。もっとも、約定における「事故」の概念や免責項目などにおいて法的問題を生じる可能性はある。この点、例えば当事者の合意の範囲を超えた身体拘束や薬の使用などは、当然に「事故」にあたるであろうし、また一方的に事業者側の免責を定める規定は公序良俗に反するとして無効となるといえよう。介護保険サービスの提供は、密室性が強く事実関係の証明が難しく、訴訟においては様々な困難が伴う。この点、特に、客観的な立場であるべきケアマネージャーには独立性が確保されていないため、事件となった場合には一方的に事業者側の立場に立つ可能性が高く、利用者にとっては不利となりやすい。問題のある業者ほど記録が不備である可能性が高いことも加味すると、訴訟の際には事業者側に不備がなかったことの証明責任を課すべきであるといえよう。

(2) 高齢消費者と消費者契約法

平成13年4月1日に施行された消費者契約法は、当然に介護保険サービス利用関係においても適用される。同法は、詐欺の拡張としての誤認による取消し権、強迫の拡張としての困惑による取消し権、不当な契約条項の無効の3点を主要な内容とする。同法の特徴は、従来の消費者保護立法は執行主体が行政であり、消費者は行政に保護される客体に過ぎないという意味において行政ルール中心であったが、同法は、私人間の権利義務関係を定めた民事ルールであり、同法に従わない場合には無効、取消し、契約解除権の発生、契約履行の停止、損害賠償義務などの法的効果が生じる。民法との関係にかかる消費者契約法の評価は分かれるが、少なくとも紛争が生じにくい市場作りを目指すという立法趣旨と情報格差の是正および交渉力格差濫用禁止という法目的は、介護保険サービス利用関係においても一定の意義をもつものといえよう。

介護保険サービス利用において同法との関係がまず問題となる点は、詐欺取消し（民法96条）の要件緩和として明記にされた不実の告知および不利益事実の不告知であろう。同規定は、「重要事項」について「事実と異なることを告げ」、これによって消費者が「告げられた内容が事実であると誤認し」契約の意思表示をした時はこれを取消すことができるというものである。介護保険法は、サービス提供の前提として事業者に重要事項の説明義

務を課しているが、その内容において不実の告知もしくは不利益事実の不告知が問題となる可能性はあり、消費者契約法が意味を持つ可能性は想定されうる。もっとも、現実には、サービス内容の正確な伝達が難しいことや利用者が要介護状態の高齢者であるといった事情から、当該説明が不実であったか否か、もしくは不利益事実を告知しなかったか否かの事実認定は困難となりやすく、消費者契約法による救済は容易ではないものと考えられる。さらに、介護保険サービス利用契約において、「不退出」による困惑から契約を締結してしまうといったケースも、例えば住宅改修などにおいては発生する可能性もあるが、この点もケアマネージャーが介在することにより発見は比較的簡単であると考えられよう。このように、消費者契約法は介護保険サービス利用契約においても一定の場合に意義を持つ可能性はあるものの、現実には詐欺、強迫、困惑に至るような事態よりも、錯誤や契約内容もしくは解釈の不備・誤解から問題が生じるようなケースが多いと考えられる。

5. 介護サービス受給者に対する消費者保護行政の限界

介護保険サービス利用契約における消費者保護は、予防と発見、そして苦情に対する速やかな対応が重要であり、その意味において消費者保護行政をきめ細やかに行っていくことが最も有効であるといえる。ところが、従来の消費者保護行政においては、いくつかの点において限界があることが認識される必要がある。第1に、消費者保護行政が中心にしているメディアや紙を媒体とした情報提供は高齢者には届きにくく、たびたび最も情報を必要とするこうした高齢者を放置してしまう結果となる。第2に、自治会や老人会などの地域ネットワークを利用した情報提供においても、当該被害を受けている高齢者等が世間体から被害を隠す可能性があり、発見が難しいという事態も起こりやすい。第3に、制度がケアマネージャーを中心に運営されるため、当該ケアマネージャーが一体となっている被害については発見ならびに救済が難しい。第4に、大きな財産権侵害に結びつく消費者事件に比べると被害は大きなものとなりにくく、また大規模に被害が波及するといったことにはなりにくいいため、対策が後手に回る。第5に、利用者側にも一定の問題がある場合も少なくないため、被害者と加害者という明確な構図ができにくいという問題がある。第6に、介護保険サービスの利用は、私人間の契約というスタンスを取っているため行政の窓口が把握しても対処しにくい。

多くの地方公共団体は、何らかの形で消費者保護を目的とした行政実務を実施しているが、たとえ実際に被害が発生しているという事態が把握できた場合にも、条例違反に対する指導もしくは勧告といった程度の対応しかできず、実際に企業名公表にまで踏み切れる場合は多くない。ましては、指定制度があるため、悪徳業者として明確に違法な行為を行う介護保険サービス事業者が事業を行っていることは想定しにくく、その意味においては従来の消費者保護行政によって要介護者ならびにその家族の保護を実現することには限界があるといえよう。

6. 介護サービス問題と消費者保護

このように、介護保険サービス利用契約の場合、事故による死亡といった安全配慮義務を根拠とした債務不履行ないしは不法行為事件以外の場合には、被害自体がさほど大きくはないため訴訟に至る例は少ないと考えられ、サービス利用上の様々なトラブルに対して私法上の法的救済は有効には機能しないといえる。一方、消費者行政は身近な被害発見手段として有効な場合があるが、個別的な解決を実現するものではなく、結局は何らかの法的手段によることとならざるを得ないという矛盾に行き当たる。介護保険サービスの利用関係は、契約によって密室性の高いなかで提供され、利用者は自らの苦情を表現しにくい要介護高齢者であるといった特殊性を持っており、一般消費者保護とは異なる保護のあり方を検討する余地は大きいものと思われる。

具体的には、以下のような点に留意した保護を実施していくことが必要であるといえる。第1に、社会福祉法人等、公的資金を利用して設立された施設・事業者に留まることなく、介護サービス提供事業者に対しての情報開示要求をさらに厳格化することである。サービス供給主体に対する事前規制のあり方として、その提供方法に対して詳細な基準を設けることは難しくまた適当であるとは思われない。行政が主体となって情報公開を促していくことと、契約書のあり方やその運営方法について強力に指導していく方が実効的な方法であろう。第2に、契約締結行為にかかる条件整備である。成年後見制度よりも手軽な援助システムを發展させる、契約の媒体となる介護支援専門員の責任とその独立性を明確にするといったことが求められよう。第3に、消費者センター等の一般的消費者保護とは異なる苦情および当事者間調整システムを創設することである。例えば、こうしたことを実施するオンブズマンへの支援とその専門性を引き上げるシステム、第三者評価の義務付けとその評価を基準としたメリット制度の創設などが考えられるべきである。第4に、介護保険サービスの公法的な性格を根拠として、違約金・キャンセル料等を発生させることなく利用者からの一方的な契約取消しを可能とする法理を發展させることである。介護保険制度においては、利用者の選択を保障するという法の理念をいかに実現するか、が問われている。第5に、契約取消し後の代替サービスの可能性に対する情報提供とそのマッチングを援助するシステムの創設およびその責任所在の明確化である。フォローアップという視点と制度がないことが利用者を消極的にさせるという事実を認識すべきであろう。

参考文献

『介護サービスと消費者契約』国民生活センター（1999年3月）

「消費者取引における高齢者問題に関する調査」商事法務研究会（1998年3月）

東京都利用者保護制度検討委員会編「相談・苦情対応マニュアル」（1999年度版）

東京都契約支援に関する検討会『東京都契約支援に関する検討会報告書』（2002年3月）

『成年後見制度及び福祉サービス利用援助事業の利用の手引—判断能力が不十分な人へ

の契約支援―』改訂版（東京都福祉局・2002年4月）

『神戸市消費生活会議高齢者部会報告書』（神戸市消費生活会議高齢者部会・2002年9月）

『苦情解決の取り組みを進めるために』（兵庫県福祉サービス運営適正化委員会・2002年3月）

「特集・消費者保護の課題と展望」ジュリ1034号（1993年）

「特集・消費者契約法と消費者の21世紀」ジュリ1200号（2001年）

厚生労働科学研究費補助金（政策科学推進研究事業）
分担研究報告書

福祉契約の法的関係と医療契約に関する研究

分担研究者 小西知世 筑波大学社会科学系助教授
研究協力者 平田 厚 弁護士

研究概要

本研究は、研究課題に関する共同研究の一環として、福祉契約の法的特性を医療契約との比較のもとに検討し、実際に利用されている介護保険および支援費の契約書について、利用者の権利擁護の観点から検討を加えるものである。平成 15（2003）年度は、前年度における福祉契約研究会での講演・報告・質疑応答などを基に、2003年11月2日の日本社会保障法学会秋季大会共通テーマ・シンポジウム「社会福祉と契約」において、分担研究者が「福祉契約の法的関係と医療契約」、平田会員（研究協力者）が「福祉契約に関する実務的諸問題」と題する学会報告を行った（前掲・総括研究報告書参考資料3参照）。そのさいの質疑応答およびその後における研究会での議論を基に、また、研究会で実施したアンケート調査および契約書のサンプリング調査の結果を参考に、福祉契約の特性を顧慮しながら利用者の権利擁護のために改善すべき諸点について検討を重ねているところである。さらに、最終年度は、介護保険の改正に伴う契約書モデルの見直しに当たって考慮すべき諸点を明らかにするとともに、研究会において、福祉契約の特性に配慮した契約書モデルの検討を行っていく必要があると考えている。

A. 研究目的

福祉契約の特性を明らかにするとともに、利用者の権利擁護の観点から、公表されている介護保険および支援費の契約書モデルの問題点を検討すること、介護保険の改正に伴って見直しが必要となる契約書モデルの条項について検討することを目的としている。

B. 研究方法

福祉契約研究会および医事法研究会における報告および質疑応答を通じて、医療契約との比較のもとに福祉契約の特性を検討し、日本社会保障法学会における報告および質疑応答について福祉契約研究会でさらに検討を重ね、研究目的の達成を目指す。

C. 研究結果と考察

a. 福祉契約の法的諸問題と医療関係（小西知世）

I はじめに

近年、福祉の世界で、サービスの供給手段として契約を導入することにより疑似市場を構築し、当該市場内でサービスの適正供給や質の向上を実現しようとする構造改革が相次

いで実施されている。

もっとも、この改革は、自由競争・市場原理が支配する世界での手段を、それらが支配する社会でセーフティネットの役割を担う福祉の世界に持ち込むものであるため、看過しえない問題——“そもそも契約が福祉の手段たりうるのか。手段たりうるならば、それはどのようにあるべきか。”という極めて根本的な問題を生ぜしめる結果となった。

本稿は、この問題を検討するための糸口を提供するために、現在の福祉契約論を概観し、今後の具体的検討課題を提示することを目的とする。そしてその際、医療契約論を必要に応じて参照することにする（医療契約論は、通例、診療契約・健康診断の契約・特殊の医療契約の3種に類型化し、そのうち診療契約をその典型として検討がなされてきている。本稿においても医療契約（論）について触れるときは診療契約（論）を念頭に置くこととする。）。

なお、本報告における、医療契約、福祉契約、そしてそれらの前提概念たる契約の定義については後掲資料・I 2を参照されたい。

II 医療と福祉

本稿にて医療契約論を、なかんずく医療を参照する理由は、医療・福祉をめぐる今日状況にその論拠を求めている。すなわち、かつて医療と福祉は、非連続的なものと両者は認識され理解される傾向にあった。しかし、今日、医療と福祉との間に明らかな連続性がみられるようになってきたからである（後掲資料・II 参照）。

III 福祉と契約

1 議論状況

医療契約論は、これまで概して、医療過誤訴訟で問題となる債務不履行論の前提として論じられ、裁判例の集積により議論が深化していったという経緯を辿ってきた（後掲資料・III 11）参照）。対して福祉契約論は、福祉領域において契約という手段が導入されたことを契機に、いわゆる「契約の解釈」から議論を深化させていこうという傾向を看取することができる。その限りにおいて、議論手法の違いを例えて言うならば、医療契約論は帰納的議論であり、福祉契約論は演繹的議論であるといえることができる（後掲資料・IV 1 参照）。

2 契約の意義

現在の福祉契約論の議論状況からすれば、“福祉契約”をどのように定義づけるかが問題となろう。そして、この問題を検討するに際しては、当該定義の射程範囲をいかに設定するか、が重要な焦点となる。学説を俯瞰すると、定義上はさほど大きな違いはないが、その射程範囲には、かなり幅があることがわかる（後掲資料・IV 21）参照）。

このような議論状況から、福祉契約の論者間に福祉契約に対する確立した概念というべきものが存在していないように感じられる。とするならば、このような状態をなおざりにしたまま総論的に福祉契約を論じても、あまり実のある議論とはならないように思われる。というのも、契約の性質・内容・あり方は、契約当事者の属性の違いに呼応して質的にも大きく異なるからである。

3 契約の成立

福祉契約が成立するまでのプロセスは、いわゆる通常の売買契約はもとより医療契約と比べても大きく異なるプロセスを経る——契約が成立するまでに、①利用者は行政に対して給付申請をし（第1段階）、②行政が給付決定をしたうえで（第2段階）、③利用者・事